

# Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR – eine historisch evolutorische Perspektive

von Dr. iur. Andreas Abegg, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

## **I. Fragestellung**

## **II. Evolutorische Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen des zwingenden Schuldvertragsrechts**

## **III. Zwingende Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR**

## **IV. Fazit**

## **I. Fragestellung**

1. *Art. 19 und 20 OR* sind beide dem Titel "E. Inhalt des Vertrages" untergeordnet.<sup>1</sup> Beide Normen befassen sich mit dem Verhältnis zwischen Vertragsinhaltsfreiheit und den Schranken derselben.<sup>2</sup> Bis heute wurde keine herrschende Lehre einer konsistenten Auslegung von Art. 19 und 20 OR gefunden; insbesondere ist unklar, wie die beiden Artikel zusammenwirken.<sup>3</sup> In der Mehrzahl behandelt *die Lehre*

---

Publiziert in AJP 2005 1113-1125. Die eckigen Klammern [] verweisen auf die Seitennummerierung der Publikation. Die umfassenden Forschungsergebnisse wurden als Freiburger Dissertation publiziert: A. ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich 2004 und mit dem Peter Jäggi-Preis sowie mit dem Gotlob-Preis ausgezeichnet; siehe zudem A. ABEGG, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (2004), 197-208. Der Autor forscht zurzeit im Rahmen seiner Habilitationsschrift zum Schuldvertrag zwischen dem Staat und Privaten.

<sup>1</sup> Die französische und die italienische Fassung setzen den Titel "object du contract" und "oggetto del contratto".

<sup>2</sup> Es ist zu betonen, dass die Vertragsfreiheit, insbesondere mit Art. 19 Ab1 OR, erst einen fortwährenden Eingang in den privatrechtlichen Diskurs fand, als unter dem Topos der 'sozialen' Ausgestaltung des Privatrechts, normativ verdichtet in Art. 19 Ab2 OR, der Einfluss der Politik neben und gegen die beinahe ausschliessliche Anbindung des Privatrechts an die Wirtschaft trat. Art. 19 Ab1 und Art. 19 Ab2 OR wurden beide mit der Revision 1905-11 ins Obligationenrecht aufgenommen: Botenschaft zum OR, BBl 1905 I 1, 13 f. und 82 zu Art. 1035.

<sup>3</sup> Zum jüngsten Versuch, den gordischen Knoten zu durchtrennen vgl. G. PETITPIERRE, Une proposition de lecture systematique des Art. 19 et 20 CO, in: SJZ 97 (2001), 73-78, 73 ff.

Art. 19 und 20 OR als ein Ganzes und erklärt einen Vertrag, der gegen zwingende Inhaltsnormen (d.h. unabänderliche Vorschriften im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR) verstösst, für widerrechtlich im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR und folglich nichtig.<sup>4</sup> Damit handelt sich jedoch diese Lehre eine Reihe von Widersprüchlichkeiten und Ausnahmen ein. Insbesondere folgende zwei Widersprüchlichkeiten sind von fundamentaler Natur:

- Erstens stellt sich bei der Verletzung einer zwingenden Privatrechtsnorm gerade nicht die Frage der (Ganz-) Nichtigkeit des Vertrages, sondern der Vertrag besteht von Beginn weg mit dem zwingend vorgegebenen Vertragsinhalt.<sup>5</sup>
- Zweitens widerspricht es zumeist der Funktion und insbesondere dem Schutzzweck zwingender Inhaltsnormen, wenn aufgrund des hypothetischen Parteiwillens jener Partei, welche die Gesetzesverletzung verursachte, der Vertrag für (ganz-) nichtig erklärt wird.<sup>6</sup>

2. Aus diesen Gründen liegt die *These* nahe, dass das System, die Rechtsfolgen unabänderlicher Bestimmungen Art. 19 und zugleich 20 OR zu unterstellen, der Funktion und den Eigenheiten des zwingenden Schuldvertragsrechts allzu oft nicht gerecht wird. In der Folge soll gestützt auf Wortlaut, Funktion und insbesondere historische Entwicklung zwingender Inhaltsbestimmungen eine neue Interpretation [1114] von Art. 19 und 20 OR vorgeschlagen werden, welche *die zwingenden Inhaltsnormen allein in Art. 19 Abs. 2 OR* erfasst.

Im Zentrum steht dabei die Frage, wie die Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im Rahmen von Art. 19 und 20 OR in ein System gebracht werden können, das den *mannigfaltigen Anforderungen an zwingende Inhaltsnormen* gerecht wird. Insbesondere muss dieses System der Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen an die innerprivatrechtliche Struktur anschliessen können, ohne diese durch die Aufnahme fremder Inhalte zu gefährden, und gleichzeitig muss die Responsivität des Schuldvertragsrechts gegenüber den verschiedenen ausserrechtlichen Kontextvor-

---

<sup>4</sup> A. VON TUHR/H. PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979, 225 und 253; R. AESCHLIMANN, Nichtigkeit wegen Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 20, unter Berücksichtigung des Kriegswirtschaftsrechts (Diss.), Affoltern a.A. 1949, 25 ff.; E. KRAMER, Berner Kommentar; Das Obligationenrecht; Band VI, 1. Abteilung; Allgemeine Bestimmungen; 1. Teilband; Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 19-20 OR, N 128; R. HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR (Diss.), Freiburg i.Ue. 1984, N 129 ff.; P. TERCIER/J.-B. ZUFFEREY, La rémunération liée au retrait d'un recours: ATF 123 III 101 (arrêt D. c/A. du 20 nov. 1996), in: Baurecht (1997), 113-118, 113 f.; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil; Band I, Zürich 1998, N 655 und N 645 f.; T. GUHL/A. KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 7 N 21; C. HUGUENIN JACOBS, "Art. 19/20 OR", in: H. HONSELL (Hg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 186-215, Basel 2003, N 52 ff.

<sup>5</sup> Vgl. unter vielen BGE 125 III 358 (1999); 124 II 57 (1998); 124 III 155 (1998); 118 II 157 (1992).

<sup>6</sup> So aber E. KRAMER (FN 4), N 315 f., 326 ff. und 348 ff. Zur Einschränkung der Ganznichtigkeit aus hypothetischem Parteiwillen in Deutschland siehe D. MEDICUS, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, München 2003, N 92, mit Berufung auf BGHZ 74, 204 und zuletzt BGHZ 108, 164.

gaben erhalten bleiben und auf deren Besonderheiten Rücksicht genommen werden.<sup>7</sup> Gerade die innerprivatrechtliche Struktur wird jedoch durch die vielfältigen Anforderungen<sup>8</sup> an die Rechtsfolgen des zwingenden Schuldvertragsrechts einer grossen Belastung ausgesetzt, was sich in besonderem Mass an der Dogmatik der Art. 19 und 20 OR materialisiert, bei welchen die Rechtsfolgen der Schranken der Privatautonomie angeknüpft werden.<sup>9</sup>

*Eine umfassende Beschreibung der Dogmatik zwingender Inhaltsnormen* würde sich der grossen Vielfalt zwingender Inhaltsnormen wegen als endloses Unterfangen erweisen und wird folglich auch nicht an die Hand genommen. Diese Vielfalt zwingender Inhaltsnormen, die sich nur bedingt unter eine verallgemeinerungsfähige Dogmatik bringen lässt, hat folgenden Grund: Mit zwingenden Inhaltsnormen wird in ein stark evolutionäres Wirtschaftssystem eingegriffen, was zur Notwendigkeit einer konstanten Anpassung der zwingenden Inhaltsnormen führt, welche dieses System in seiner Ausdifferenzierung absichern und zugleich für andere Systeme kompatibel<sup>10</sup> erhalten müssen.<sup>11</sup> Daher können zwingende Inhaltsnormen nicht einem vorgegebenen und ein für alle Mal fixierten Konditionalprogramm folgen, sondern Eingriffe mittels zwingenden Inhaltsnormen in selbstorganisierte Systeme müssen 'ad hoc', d.h. vor allem problembezogen vorgenommen sowie konstant überprüft und revidiert werden.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu die Beschreibung des regulatorischen Trilemmas bei G. TEUBNER, *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law* (EUI Working Paper 100/84), in: *International Journal of Sociology of Law* 12 (1984), 375-400, 384 ff.; M. AMSTUTZ, *Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik* (Diss.), Bern 1993, 43 ff.

<sup>8</sup> Zu diesen vielschichtigen Anforderungen, welche jeweils in bestimmten historischen Kontexten entstanden sind, vgl. meine Ausführungen m.w.H. in A. ABEGG, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit* (Diss.), Zürich 2004, vor allem 99 ff. und 115 ff.

<sup>9</sup> Vgl. bei der Zusammenfassung von Art. 19 und 20 OR nur die mannigfaltigen Inhalte, die z.B. der Terminus der Widerrechtlichkeit aufnehmen muss, oder die verschiedenen Rechtsfolgen, welche die "Nichtigkeit" abbilden muss: neben anderen C. HUGUENIN JACOBS (FN 4), N 15 ff. und 52 ff.

<sup>10</sup> Zum Begriff der Kompatibilisierung vgl. bei FN 40.

<sup>11</sup> So bereits W. BURCKHARDT, *Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern 1905, 650; E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1888-1893, Band IV, 299; ferner K. POLANYI, *The Great Transformation*, Beacon Hill 1957, 94 ff.; jüngst N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1999, 374 ff.; M. AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden 2001, 331 f. Zur schweizerischen Wirtschaftsgeschichte vgl. A. BALTHASAR/E. GRUNER, *Soziale Spannungen - wirtschaftlicher Wandel: Dokumente zur Schweiz zwischen 1880 und 1914*, Bern 1989, 27 f.; C. WINZELER, *Die Wirtschaftsfreiheit in der schweizerischen Verfassungsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, in: *ZSR* 113 I (1994), 409-432, 416 ff.

<sup>12</sup> G. BRÜGGEMEIER, "Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts", in: H.-D. ASSMANN/G. BRÜGGEMEIER/D. HART/C. JOERGES (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 9-81, Bremen und Frankfurt a.M. 1980, 73. 'Sozial' wird so zur notwendigen Leerformel; grundlegend auch M. AMSTUTZ (FN 11), 307 ff.

## II. Evolutorische Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen des zwingenden Schuldvertragsrechts

1. Die nachfolgenden Ausführungen zur historischen Ausdifferenzierung von Vertragsfreiheit und zwingenden Inhaltsnormen werden anhand der Entwicklungsgrosslinien zusammenfassend darlegen, dass die zwingenden Inhaltsnormen in ihren *evolutorischen Schichten* begriffen werden müssen. Dies gilt in besonderem Masse für die *Rechtsfolgen* zwingender Inhaltsnormen:

2. *Das klassisch römische Recht* kannte keine 'Grundnormen' für zwingende Inhaltsbestimmungen, die den heutigen Art. 19 und 20 OR entsprechen. Die Rechtsfolge ergab sich im Wesentlichen aus der einzelnen Norm und aus dem Ermessen des Praetors. Erst im nachklassischen römischen Recht (im *lex non dubium* des Monarchen Theodosius II. etwa 439 n. Chr.) wurden zwar alle bisherigen und zukünftigen Verbotsgesetze mit Nichtigkeitsfolge (*lex perfecta*) versehen, wobei es aber im Grossen und Ganzen bei der differenzierteren alten Praxis blieb.<sup>13</sup>

3. Ursprung der erwähnten, noch heute andauernden Ausnahmen, Irrungen und Wirrungen rund um Art. 19 und 20 OR<sup>14</sup> ist einerseits die Rezeption der nachklassischen römisch-rechtlichen allgemeinen Nichtigkeitsdrohung durch die *Pandektisten im 19. Jahrhundert* sowie andererseits die nachfolgende *Öffnung des Privatrechts für neue Problemstellungen* – insbesondere für eine neue Perzeption der [1115] Marktwirtschaft und für die Integration neuer Bevölkerungsschichten in die Marktwirtschaft:

a. Die *allgemeine Nichtigkeitsdrohung* umfasste seit den Pandektisten bis heute im Grundsatz, dass der Vertrag *ex tunc*, absolut und unheilbar aus der Institution Vertrag entfällt. Diese Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und man kann sich jederzeit hierauf berufen.<sup>15</sup> Allerdings war eine solch weitgehende Nichtigkeit (wie soeben erwähnt) selbst im nachklassischen römischen Recht nie zur Anwendung gelangt.<sup>16</sup>

Diese aus den spätrömischen Aufzeichnungen rezipierte Konzeption der allgemeinen Nichtigkeit kam in dem von Pandektisten massgeblich geprägten *BGB von 1896* zum Ausdruck: Nach § 134 BGB ist "[e]in Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ... nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt." Ebenso ist nach § 138 Abs. 1 "[e]in Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ... nichtig."<sup>17</sup> Dasselbe Konzept erscheint – wie sogleich auszuführen ist – auch im Obligationenrecht von 1881, auch wenn nicht derart prominent.

<sup>13</sup> Vgl. Ulpiani epitome 1.1.; M. KASER, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977, 9, 38 f.; M. KASER, Römisches Privatrecht, München 1992, 58.

<sup>14</sup> Vgl. Kap. I.

<sup>15</sup> Vgl. jüngst die Übersicht bei C. HUGUENIN JACOBS (FN 4), N 53 f. m.w.H.

<sup>16</sup> M. KASER, Römisches Privatrecht (FN 13), 58; M. KASER, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte (FN 13), 9 und 38 f.

<sup>17</sup> Die Prüfung des Vertragsinhalts soll einerseits durch das Verbot, gegen die guten Sitten zu verstossen, andererseits durch gesetzliche Verbote erfolgen (§§ 134 und 138 BGB): z.B. R. STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, 390; siehe jüngst die deutschen Familienbürgschaftsentscheide, ausgelöst durch eine grundrechtskonforme Auslegung von § 138 BGB: BVerfGE 89, 214 (1993); jüngst zum Beispiel BGH NJW 2002, 2705.

b. Von zentraler Wichtigkeit zum Verständnis dieser Konzeption der generellen Nichtigkeit sind *der historische Kontext sowie insbesondere die Eigenheiten des damaligen klassisch wirtschaftsliberalen Privatrechtssystems*. Der junge Nationalstaat war – ganz im Sinne SAVIGNYS – zunächst weder bereit noch legitimiert, ins Schuldvertragssystem und damit in die neu konstituierte freie Marktwirtschaft einzugreifen; gesellschaftsorientierte Korrekturen sollten durch öffentlich-rechtliche Massnahmen erfolgen – wie zum Beispiel bei SAVIGNY über Institutionen wie "Armenhäuser".<sup>18</sup> Nach der Konstituierung des freien Marktes hatten sich der Staat und die Politik aus der wirtschaftlichen Selbstorganisation zurückzuziehen. Der Mechanismus des freien Marktes sollte – so die reine Lehre in nuce – die politische Vertragsinhaltskontrolle ersetzen und eine sichere und zukunftsorientierte Planung der Produktionsmittel ermöglichen und umzusetzen.<sup>19</sup> Die Institution Vertrag kopelte<sup>20</sup> hierzu in beinahe ausschliesslicher Weise Recht (als Wirtschaftsrecht, im Prinzip deckungsgleich mit Schuldvertrags- und Sachenrecht) mit Wirtschaft.<sup>21</sup> Gleichzeitig wurde mit der Positivierung des Rechts die 'gesamtgesellschaftliche' (d.h. vor allem: ausserwirtschaftliche) Sittlichkeit aus dem Privatrecht ausgeschlos-

<sup>18</sup> F. K. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4, Berlin 1973/1840, Band I, 371; vgl. auch J. RÜCKERT, "Verfassungen und Vertragsfreiheit", in: J.-F. KERVÉGAN/H. MOHNHAUPT (Hg.), Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie, 165-196, Frankfurt a.M. 1999, 184 ff.; M. AMSTUTZ (FN 11), 331 f.; T. REPGEN, Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001, 491 f.

<sup>19</sup> Die prospektive Sicherung der Produktionsmittel – inklusive Arbeit – geschieht dadurch, dass diese allesamt käuflich und unabhängig von anderen ausserwirtschaftlichen Einflüssen sind: K. POLANYI (FN 11), 62 ff. und 97 ff.; ähnlich auch M. WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1980/1921-1925, 504; vgl. hierzu: G. BRÜGGEMEIER (FN 12), 14 ff.; M. FOUCAULT, Überwachen und Strafen: die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt a.M. 1994, 108 f. Hierin liegt der Kern der utilitaristischen Begründung: Dank der Vertragsfreiheit werde durch kooperatives Handeln ein Höchstmass an Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse erreicht. Vgl. hierzu bereits M. WEBER (FN 19), 502 f. und heute etwa H. KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtökonomische Skizze, in: JuS (2003), 209-214, 209.

<sup>20</sup> Eine strukturelle Kopplung besteht gemäss Systemtheorie dann, wenn ein System dauerhaft Eigenschaften in seiner Umwelt voraussetzt und sich auf ihre Stabilität derart verlässt, dass es seine eigenen Strukturen an sie anschliesst. Strukturelle Kopplungen beschränken und erleichtern gleichzeitig die Einflüsse der Umwelt auf das System. Es ist hiermit auf Irritationen am Ort der strukturellen Kopplung vorbereitet und reagiert in hohem Mass auf Veränderungen der Umwelt, indem das System seine Einwirkungen auf die Umwelt an den Rückwirkungen, denen es selbst ausgesetzt ist, kontrolliert: N. LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 440 ff.; M. AMSTUTZ, "Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung", in: H. HONSELL/W. PORTMANN/R. ZÄCH/D. ZOBEL (Hg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, 161-176, Zürich 2003, 166 f.

<sup>21</sup> So zum Beispiel F. K. SAVIGNY (FN 18), Band I, 22; vgl. hierzu grundlegend M. WEBER (FN 19), 502 f.; zur Entwicklung von Wirtschaftsrecht M. AMSTUTZ, "Historizismus im Wirtschaftsrecht", in: R. J. SCHWEIZER/H. BURKERT/U. GASSER (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, 9-29, Zürich 2002, 9 ff.

sen, womit – dem ökonomischen Konzept entsprechend – das Wirtschaftsrecht vom Naturrecht als "spezifische Legitimitätsform der revolutionär geschaffenen Ordnungen" abgesichert,<sup>22</sup> nach innen formalisiert<sup>23</sup> und von ausserprivatrechtlichen Einflüssen [1116] der Gesellschaft befreit war<sup>24</sup>. Während somit das Wirtschaftsrecht durch die Institution Vertrag in fast ausschliesslicher Weise an die Struktur der Ökonomie koppelte<sup>25</sup>, wurden dagegen grundsätzlich keine ausserwirtschaftlichen Einflüsse auf den Schuldvertragsinhalt zugelassen (d.h. vor allem: keine Kopplung mit Politik), sondern diese Einflüsse wurden mit Positivismus abgewehrt, oder allenfalls wurden mit der Generalklausel der guten Sitten bestimmte Lebensvorgänge aus dem Vertragsrecht ausgeschlossen<sup>26</sup> und damit gleichzeitig die bürgerliche Hausgewalt (Familie) weitgehend rechtsfrei gehalten<sup>27</sup>. In diesem Kontext ist das System der Rechtsfolgen zwingender Normen des Obligationenrechts von 1881 zu verstehen:

- *Art. 17 des Obligationenrechts von 1881*, Vorläufer des heutigen Art. 20 OR, legte in positiver Weise fest, dass "Gegenstand des Vertrages ... nur eine Leistung sein [kann], welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist." Damit wurde zwar nicht explizit die Nichtigkeit angedroht, wie es etwa der heutige Art. 20 OR oder § 134 BGB tun. Ein Blick auf die gerichtliche Handhabung des Art. 17 aOR zeigt jedoch, dass zum Ersten mit der Widerrechtlichkeit ausserprivatrechtliche Vorgaben vor allem des Strafrechts und des öffentlichen Rechts und zum Zweiten mit der Generalklausel der guten Sitten primär Vorgaben der bürgerlichen (Familien-) Moral derart Berücksichtigung fanden, dass

<sup>22</sup> Siehe dazu M. WEBER (FN 19), 497 ff., vor allem 502: "Die feste regelhafte Bestimmtheit aller äusseren Rechte und Pflichten wird ... als ein um seiner selbst willen erstrebenswertes Gut erscheinen, und diese spezifisch 'bürgerliche' Grundlage ihres Denkens bedingte ihre entsprechende Stellungnahme in den politischen Kämpfen, welche um die Eindämmung der autoritären patrimonialen Willkür und Gnade geführt wurden."

<sup>23</sup> Im Sinne von formaler Gleichheit in der Marktgesellschaft und Berechenbarkeit des Rechts als zentrale Voraussetzung des freien Marktes: M. WEBER (FN 19), 505.

<sup>24</sup> Siehe die Überblicke und Zusammenhänge dargestellt bei R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, Basel/Frankfurt a.M. 1986/1968, 192 und K. W. NÖRR, *Eher Hegel als Kant: Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn, Zürich 1991, 21 f.; grundlegend hierzu auch M. WEBER (FN 19), 502 f., der mit dem "Absterben [der] metajuristischen Verankerung" die "faktische Fügsamkeit in die nunmehr nur noch utilitaristisch gewertete Gewalt" feststellt.

<sup>25</sup> Im Verbund mit dem Umstand, dass Selbständigkeit in Form von rechtlich geschütztem Eigentum vorausgesetzt war: M. WEBER (FN 19), 502 f.; G. BRÜGGEMEIER (FN 12), 14 ff.; D. HART, *Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts*, in: *Die Aktiengesellschaft (AG)* (1984), 66-80, 70.

<sup>26</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die damals herrschende Lehre zu interpretieren, die sich im Wesentlichen darauf beschränkte, jedes Verbotsgesetz zur *lex perfecta* zu erklären: vgl. R. AESCHLIMANN (FN 4), 52 ff. m.w.H.

<sup>27</sup> So F. K. SAVIGNY (FN 18), Band I, 370 f.; siehe zum Beispiel A. SCHNEIDER/H. FICK, *Das Schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen*, Zürich 1893, Ziff. 11-15 zu Art. 17 aOR, die alle familienrechtliche Sachverhalte betreffen. Vgl. auch M. WEBER (FN 19), 411 f. und 502; aus heutiger Sicht illustrativ B. HÜRLIMANN, *Prostitution - ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit* (Diss.), Zürich 2004.

die entsprechenden Bereiche ganz aus der Institution des Vertrages ausgeschlossen wurden.<sup>28</sup> Ferner wurde mit Art. 17 aOR jenen Verträgen die Gültigkeit versagt, die entweder die wirtschaftliche Freiheit eines Marktteilnehmers gefährdeten oder den für den freien Markt konstitutiven Wettbewerb beseitigten.<sup>29</sup> Diese verschiedenen Kontextvorgaben konnten an die Unbestimmtheit der Generalklausel anschliessen und mussten somit nicht als konkrete – und vor allem als 'politische' – Privatrechtsnormen ausformuliert werden. Ihnen konnte durch gerichtliche Gewährung der Nichtigkeit – als Ausschluss aus dem Vertragsrecht – Nachachtung verschafft werden. Mit Art. 17 aOR konnte dagegen grundsätzlich keine positiv vertragsgestaltende Inhaltskorrektur erreicht werden, und er befasste sich auch nicht mit der Rechtsfolge einzelner zwingender Privatrechtsnormen.<sup>30</sup>

- Es ist zu betonen, dass die wenigen zwingenden Inhaltsnormen, die sich im Obligationenrecht von 1881 finden, im Kontext der Konstituierung der freien Marktwirtschaft (oder: der Konstituierung von selbstorganisierten wirtschaftlichen Handlungsräumen) zu verstehen sind. Denn nach klassisch liberalem Konzept ergab sich die Reziprozität der Leistungen als Folge aus der freien komplementären Willensbeziehung und der gegenseitigen Leistungsbeziehung auf dem freien Markt. Vorausgesetzt und mit zwingenden Inhaltsnormen zu sichern waren damit insbesondere die Freiheit des Wirtschaftssubjektes und die Freiheit dessen Willens.<sup>31</sup> So legte zum Beispiel Art. 114 aOR fest, dass "[e]ine zum Voraus getroffene Verabredung, wodurch die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein soll, ... nichtig [ist]." In ähnlicher Weise waren Art. 244 und 247 aOR zur Haftungsbeschränkung beim Kaufvertrag verfasst.<sup>32</sup> Ferner sind die beiden zwingenden Normen Art. 333 und 335 aOR zu erwähnen, die auf Treu und Glauben im entstehenden Binnenmarkt im Allgemeinen und gegen Wucherer im Speziellen gerichtet waren. Art. 333 aOR (heute Art. 317 OR) verfügte, dass der Marktpreis oder der Kurswert als Darlehenssumme [1117] gelte, wenn statt der vereinbarten Geldsumme Waren oder Wertpapiere übergeben werden.<sup>33</sup> In Abs. 2 wurde der zwingende Charakter

<sup>28</sup> Die Kommentierung zu Art. 17 aOR zeigt denn auch, dass sich fast alle Fälle mit Familie, Sexualität oder mit Strafrecht befassen: A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), Art. 17 aOR, vor allem Ziff. 3-5 sowie 11-17. Siehe zudem Ziff. 8-9 zum Glücksspiel und Ziff. 10 zum Schmuggel.

<sup>29</sup> A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), Art. 17 aOR, vor allem Ziff. 6 und 7.

<sup>30</sup> A.M. wohl C. HUGUENIN JACOBS (FN 4), N 52.

<sup>31</sup> Hinzuzufügen bleibt, dass die wirtschaftliche Selbständigkeit, als weitere Vorbedingung vorausgesetzt, sich aus der staatlich zu sichernden (aber nicht staatlich herzustellenden) Eigentumsposition ergab. Zum Ganzen: M. WEBER (FN 19), 382 f.; D. HART (FN 25), 71; R. WIETHÖLTER (FN 24), 180 ff. Siehe auch P. GAUCH, Die Überverteilung - Bemerkungen zu Art. 21 OR, in: recht (1989), 91-100, 91 f. mit Bezug auf die Entstehung des Art. 21 OR.

<sup>32</sup> Art. 244 aOR: "Eine Vereinbarung, welche die Gewährspflicht aufhebt oder beschränkt, ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat." Art. 247 aOR: "Bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer findet die im vorhergehenden Artikel vorgesehene Beschränkung der Gewährleistung keine Anwendung."

<sup>33</sup> Vgl. bereits der entsprechende § 1113 des alten zürcherischen PBG.

festgelegt: "Eine entgegenstehende Übereinkunft ist nichtig." In vergleichbarer Art setzte Art. 335 aOR (heute Art. 314 Abs. 3 OR) fest, dass unter Ausnahme des Kontokorrents "[d]ie vorherige Übereinkunft, dass die Zinse zum Kapital geschlagen und mit diesem verzinset werden sollen, ... ungültig [ist]."

- Bei weiteren Normen, die als zwingende Inhaltsnormen in Frage kommen, war der zwingende Charakter nicht im Wortlaut festgelegt – so etwa bei jenen Normen, welche die Kündigung eines überlangen Vertrages aus wichtigem Grund vorsahen.<sup>34</sup> Mit Blick auf die Praxis zu Art. 17 aOR kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit als zwingende Vorgabe verstanden wurde.<sup>35</sup> Insbesondere beim 'sozialen' Art. 341 aOR, welcher einen Lohnanspruch bei kurzer Krankheit oder Militärdienst vorsah, war der zwingende Charakter jedoch höchst umstritten.<sup>36</sup>
- Schliesslich ist für das klassisch wirtschaftsliberale Privatrecht die Rolle des Richters im Rahmen der wenigen zwingenden Inhaltsnormen zu betonen. So oblag es nach Art. 114 Abs. 2 aOR seinem Ermessen, ob er einen zum Voraus erklärten Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden als nichtig betrachten wollte, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung in einem Dienstverhältnis zum Vertragspartner stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgte (heute Art. 101 Abs. 3 OR). Ferner konnte der Richter nach 182 aOR eine übermässige Konventionalstrafe nach billigem Ermessen herabsetzen (heute Art. 163 Abs. 3 OR).<sup>37</sup>

4. In der Folge der grossen Wirtschaftskrise ab 1873 wurden die ökonomisch-liberalen Präsumtionen (vor allem Wachstum, Vollbeschäftigung und Stabilität) zunehmend in Frage gestellt und die wirtschaftliche Steuerung fiel zum Teil an den Gesetzgeber, d.h. vor allem: die Politik, zurück.<sup>38</sup> Unter gleichzeitiger Beibehaltung der ökonomisch-liberalen Ziele verstärkte sich die *Anstrengung der Politik, die vom freien Markt versprochenen Ziele unter anderem mit (Wirtschafts-) Recht einzu-*

<sup>34</sup> Art. 292 aOR zum Mietvertrag sowie Art. 345 f. aOR zum Dienstvertrag. Vor dem Inkrafttreten von Art. 27 ZGB im Jahre 1912 wurden die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte insbesondere durch die Generalklauseln der guten Sitten geschützt: vgl. A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), zu Art. 17 aOR.

<sup>35</sup> Vgl. A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), Ziff. 7 zu Art. 17 aOR, siehe jedoch Ziff. 4 und 5 zu Art. 292 aOR.

<sup>36</sup> So explizit A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), Ziff. 4 zu Art. 341 aOR; siehe hierzu die Kritik von P. LOTMAR, "Dienstvertrag. Darstellung und Kritik des geltenden Rechts", in: M. REHBINDER (Hg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, 29-42, Bern 1991/1903, 34 ff.

<sup>37</sup> Eine ähnliche Vorschrift kannte bereits das alte zürcherische PBG in § 970.

<sup>38</sup> Oft wird der Wiener Börsenkrach vom 9. Mai 1873 als Beginn der grossen Depression bezeichnet: vgl. unter vielen: K. POLANYI (FN 11), 267 ff.; H.-P. BENÖHR, Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, in: ZfA (1977), 187-218, 216 ff.; G. BRÜGGEMEIER (FN 12), 46; C. BAUDENBACHER, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 76; W. SCHLUEP, "Selbstreferenzielles Recht - ein Weg zur Neubegründung des Wirtschaftsrechts?" in: Festgabe Alfred Röhthli zum fünfundsiebzehnten Geburtstag, 135-169, Solothurn 1990, 138; zum Ganzen siehe auch H. ROSENBERG, Grosse Depression und Bismarckzeit: Wirtschaftsablauf, Gesellschaft und Politik in Mitteleuropa, Berlin 1967.



*lösen*.<sup>39</sup> Neben die immer noch weit reichende evolutorische Selbstdeterminierung der Wirtschaft trat somit die Aufgabe der Politik, Wirtschaft als freie Ordnungsbildung zu erhalten und mit anderen Gesellschaftsbereichen zu kompatibilisieren.<sup>40</sup> Konkret hatten sich die Politik zunächst in der Folge der grossen Wirtschaftskrise insbesondere mit der rechtlichen Absicherung der existenziellen und zugleich wirtschaftlichen Selbständigkeit jener Bevölkerungsschichten zu beschäftigen, die in zunehmendem Masse (vor allem als Arbeitnehmer und als Konsumenten) in die freie Marktwirtschaft integriert worden waren. Zudem rückte mit der damals festgestellten fortschreitenden 'Vermachtung' der Wirtschaft die strukturelle Parität als Voraussetzung der freien Preisbildung ins Zentrum des Interesses – vor allem jene zwischen Unternehmen und nicht organisierten Personen.<sup>41</sup> Diese Aufgaben [1118] ging die Politik unter anderem neu mit Privatrecht an; die politisch abgefassten Vorgaben sollten durch privatrechtliche Normierung des *Vertragsinhalts* die erwünschte – zu meist wirtschaftliche – Veränderung bewirken.<sup>42</sup> Diese neue Methode der Intervention in Wirtschaft durch politische Vorgabe von Teilen des Inhalts von Schuldverträgen setzte sich bereits während der Entstehung des BGB, vor allem auf Drängen von GIERKE und MENGER durch.<sup>43</sup> Für das Obligationenrecht kann dieser 'Paradigmenwechsel' beispielhaft an folgenden Normen verdeutlicht werden, die mit der Revision 1905-1911 ins Obligationenrecht einflossen:

<sup>39</sup> G. BRÜGGEMEIER (FN 12), 39 f. und 71 ff.; C. BAUDENBACHER (FN 38), 90; ähnlich auch W. SCHLUEP (FN 38), , 138; illustrativ zum Beispiel Botschaft zum Versicherungsvertrag, BBl 1904 I 241, 250, vgl. unten FN 41.

<sup>40</sup> Vgl. M. AMSTUTZ (FN 21), 24 f., der mit Rekurs auf K. POLANYI (FN 11), 194 ff., die Eigenschaft dieses kompatibilisierenden Rechts als 'planungsloses Planungsrecht' betont, welches die geplante Marktwirtschaft ad hoc und in pragmatischer Weise bremsen soll.

<sup>41</sup> Zur strukturellen Imparität vgl. bereits in der Botschaft zum Versicherungsvertrag, BBl 1904 I 241, 262: "Die Beschränkung der Vertragsfreiheit ist ... überall da notwendig, wo nicht, wie bei der Seeversicherung und Rückversicherung, entweder wirtschaftlich gleich starke oder doch geschäftsgewandte Parteien einander gegenüber stehen. ... Die schrankenlose Vertragsfreiheit kann – gleich mancher andern Freiheit – in ihr Gegenteil umschlagen, nämlich zur Knechtung des Kleinen durch den Grossen führen: sie tut dies da, wo der sozial Schwächere sich auf den Vertragsabschluss mit dem sozial Stärkeren notwendig angewiesen sieht und wo zugleich der Segen der Konkurrenz durch Kartellbildungen ausgeschlossen wird." Die strukturelle Parität verlangt, Gleichgewichtigkeit und Wettbewerb als unabdingbare Voraussetzungen für die tatsächliche Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit. Die vergleichbare Marktposition muss u.U. durch zusätzliche privatrechtliche Rechte und Pflichten hergestellt werden: vgl. A. ABEGG, Familienbürgschaften als privatrechtliches Problem - BGE 129 III 702: von Willensfreiheit zu Waffengleichheit und Absicherung gesellschaftlicher Ausdifferenzierung, in: fampra.ch 6 (2005), 209-232; prägnant zum Beispiel auch BGE 118 II 157 (1992).

<sup>42</sup> Siehe zum Beispiel O. v. GIERKE, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1948/1889, 3 ff.; A. MENGER, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen/Goldbach 1997/1904, 2, 174 ff. und 191 f.; P. LOTMAR, "Der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches", in: M. REHBINDER (Hg.), Philipp Lotmar: Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, 119-147, Bern 1991/1905, 43 f.; E. HUBER (FN 11), Band IV, 299 f.

<sup>43</sup> Siehe soeben FN 42.

- Die bereits in Art. 341 aOR vorhandene Pflicht des Arbeitgebers, dem für verhältnismässig kurze Zeit kranken oder Militärdienst leistenden Arbeitnehmer bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag den Lohn weiter zu bezahlen, erhielt nun einen präzisierenden Absatz 3. Dieser brachte eine neuartige Kombination zwischen zwingender Inhaltsnorm und Eröffnung einer individuellen Versicherungslösung:  
*"Der Arbeitgeber kann sich von dieser Pflicht [der Lohnfortzahlung] nicht befreien, darf aber im Falle der Verhinderung durch Krankheit oder Unfall Krankengelder von Krankenkassen oder Versicherungsanstalten, an die er Beiträge leistet, im Verhältnis dieser Beiträge zur Gesamtleistung in Abzug bringen."*<sup>44</sup>
  - Mit Art. 1393 Abs. 2 des Revisionsentwurfs wurde neu festgelegt, dass die "Frist [zur Kündigung bei überjährigem Dienstverhältnis] abgeändert, jedoch nicht unter eine vierzehntägige Kündigungsfrist auf Ende des Monats angesetzt werden [kann]".<sup>45</sup>
  - Auch Schutznormen zum Abzahlungskauf wurden eingeführt, denn das Abzahlungsgeschäft dürfe nicht zur Ausbeutung einer Notlage des Käufers benutzt werden.<sup>46</sup> Art. 1270b Abs. 4 des Revisionsentwurfs erklärte weitergehende vertragliche Belastungen des Käufers, als vom Gesetz vorgesehen, für ungültig.
  - Des Weiteren wurden im Mietrecht zum Beispiel ein zwingendes Rücktrittsrecht bei gesundheitsgefährdenden Mängeln<sup>47</sup> sowie der Schutz des Mieters bei Zahlungsverzug durch eine zwingende, d.h. nicht verkürzbare Nachzahlungsfrist normiert.<sup>48</sup>
5. Erst im Zuge die beginnenden *innerprivatrechtlichen, d.h. vor allem vertragsinhaltlichen Materialisierung des Obligationenrechts* durch zwingendes Schuldvertragsrecht (insbesondere seit der Revision 1905-1911 oder dem Erlass des Versicherungsvertragsgesetzes von 1908) war die Frage aufgetaucht, wann eine Norm des Schuldvertragsrechts als zwingend und wann sie als dispositiv auszulegen sei. Damit, dass das Privatrecht neben der strukturellen Kopplung<sup>49</sup> zur Wirtschaft die alternative strukturelle Kopplung zur Politik (erneut) verstärkte, stellte sich die Frage, welchem gekoppeltem System bei der rechtlichen Rekonstruktion des Vertragsinhalts im Einzelnen der Vorzug zu gewähren ist.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Botschaft zum OR, BBl 1905 III 748 und 856 f.; vgl. mit den heutigen Art. 324 ff. OR.

<sup>45</sup> Botschaft zum OR, BBl 1905 III 750 und 860.

<sup>46</sup> Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, 740.

<sup>47</sup> Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, 741 und 833 betreffend Art. 1298; ähnlich bereits der Kommentar zu Art. 277 aOR: A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27). Vgl. mit dem heutigen Art. 258 OR.

<sup>48</sup> Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, 741 und 837 betreffend Art. 1311. Vgl. mit den heutigen Art. 257d und 265 OR.

<sup>49</sup> Zum systemtheoretischen Begriff der strukturellen Kopplung siehe bei FN 20.

<sup>50</sup> Solange das Schuldvertragsrecht weitgehend von staatlicher Intervention entlastet war und primär durch die zwar nicht erwähnte, aber zweifellos institutionalisierte Vertragsfreiheit an die wirtschaftliche Rationalität anschliessen konnte, war ein ausdrückliches oder kodifiziertes Konzept der Vertragsfreiheit verzichtbar: Korrekturen aus freiheitsimmanenten Gründen oder aus Gründen der bürgerlichen Moral erfolgten in geringem Mass und primär durch die Gerichte mittels Generalklauseln. Zudem

Das OR sollte nun im ersten Entwurf des Art. 19 Abs. 2 OR (Art. 1035 des Entwurfs) die Antwort vorerst folgendermassen geben:

*"Das Gesetz ist nur da als unabänderliche [1119] Vorschrift anzunehmen, wo es diese Geltung selbst beansprucht oder wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz verstossen würde."*<sup>51</sup>

Behält man die erläuterte Entstehungsgeschichte des Art. 19 OR im Auge, so ist mit "Das Gesetz" das Privatrecht gemeint (genauer: die Normen des Privatrechts): Normen des Schuldvertragsrechts sollen neu vermehrt direkt auf vertragsrechtliche Sachverhalte einwirken – vor allem auf die hier interessierenden Vertragsinhalte. Diese Normen des Privatrechts können die Geltung als "unabänderliche" Norm<sup>52</sup> beanspruchen, um den Vertragsinhalt in autoritativer Weise vorzugeben, womit die neue strukturelle Kopplung zur Politik ihre 'Grundnorm' erhält. Nach Abs. 2 des Entwurfs können zwei Arten von Normen als "unabänderliche Vorschrift" erscheinen: erstens, "wo es [d.h. das Gesetz] diese Geltung selbst beansprucht" und zweitens, "wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz verstossen würde." Da mit dem ersten Teilgehalt die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts gemeint sind, müssen im zweiten Teilgehalt die übrigen, also die nicht unabänderlichen Normen, also die dispositiven Normen gemeint sein. Dieses dispositive Gesetzesrecht wird von Abs. 2 des Entwurfs dann als unabänderliche Vorschrift bezeichnet, wenn eine Abweichung von den genannten Generalklauseln vorliegt.

Dieser Abs. 2 mit seinem rigiden Regel-Ausnahme-Schema in Bezug zur Vertragsfreiheit ("... nur da ...") entfiel zwar im Bericht zum OR (1909).<sup>53</sup> An dessen Stelle trat jedoch *der noch heute gültige Art. 19 Abs. 2 OR*, der in den übrigen Fragen in analoger Weise auszulegen ist:

*"Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst."*<sup>54</sup>

Wesentlich ist bei diesem noch heute geltenden Abs. 2 somit Folgendes:

---

hätte eine explizit normierte Vertragsfreiheit auch nicht ins Privatrechtskodifikationskonzept gepasst, das aus Normen mit jeweils konkretem Anwendungsbereich zu bestehen hatte. Siehe hierzu ausführlich A. ABEGG (FN 8), 91 ff.; vgl. zudem J. RÜCKERT, "Das BGB und seine Prinzipien", in: J. RÜCKERT/M. SCHMOECKEL/R. ZIMMERMANN (Hg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band I: Allgemeiner Teil §§ 1-240, zweites Kapitel, Tübingen 2003, N 1 ff., vor allem N 7 f.

<sup>51</sup> Botschaft zum OR, BBl 1905 I 1, 13 f. und 82.

<sup>52</sup> Siehe die französische und italienische Terminologie in Art. 19 Ab2 OR: "droit strict", "norma coattiva".

<sup>53</sup> Vgl. Bericht zum OR, BBl 1909 III 762 zu Art. 1035.

<sup>54</sup> Vgl. den französischen sowie den italienischen Text: "La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité." und "Le stipulazioni che derogano alle disposizioni legali sono permesse solo quando la legge non stabilisca una norma coattiva, o quando la deroga non sia contraria all'ordine pubblico o ai buoni costumi od ai diritti inerenti alla personalità."

- Im Gegensatz zum ersten Entwurf wird im noch heute geltenden Art. 19 Abs. 2 OR ein explizites Regel-Ausnahme-Schema bezüglich Vertragsfreiheit verworfen.<sup>55</sup>
- Art. 19 Abs. 2 OR sieht ähnlich wie Abs. 2 des Entwurfs zwei Einschränkungen der Vertragsinhaltsfreiheit vor: "Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen" sind dann unzulässig, wenn sie gegen "eine unabänderliche Vorschrift" oder gegen die genannten Generalklauseln verstossen.
- Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts enthalten als "unabänderliche Vorschriften" positiv vertragsgestaltende Wirkung gleich wie im Abs. 2 des Entwurfs.
- Art. 17 aOR bleibt dagegen als neuer Art. 20 OR in seinem Konzept erhalten. Neu wurden lediglich die Nichtigkeit nun explizit angedroht sowie im Abs. 2 die Teilnichtigkeit unter dem Vorbehalt des hypothetischen Parteiwillens normiert.

5. Da sich aus diesem erläuterten Kontext die Ausdifferenzierung der zwingenden Inhaltsnormen ergibt, lässt sich nun auch der entsprechende *Begriff* erfassen, wie er bis heute gültig geblieben ist. Von zentraler Bedeutung ist hierfür der historische Kontext, in welchem die Politik die Ziele und Versprechungen des Markts neu mit Privatrecht zu verwirklichen suchte, wobei mit der Infragestellung des Selbststeuerungsmechanismus des Marktes auch der Eingriff mit Recht in den Vertragsinhalt möglich wurde.

Zu unterscheiden sind bei zwingenden Inhaltsnormen die Fragen, ob eine Norm auf den Inhalt des Vertrages anwendbar ist (Vertragsinhaltsgestaltung) und ob sie als Norm mit zwingendem Charakter, d.h. auch gegen den erklärten Willen der Parteien, Anwendung findet (zwingender Charakter). Folglich begrenzt sich der Begriff zwingender Inhaltsnormen einerseits auf die Vertragsinhaltsgestaltung und andererseits auf Bereiche, die grundsätzlich der 'Willkür' der Parteien zugänglich ist.<sup>56</sup> Herauszuheben ist zudem Folgendes:

- Die Unterscheidung von *Privatrecht und öffentlichem Recht* geht weniger auf das römische Recht zurück als auf die Konstituierung der Marktwirtschaft, rechtlich vollzogen im klassisch liberalen Privatrecht – insbesondere nach SAVIGNY'S Konzept.<sup>57</sup> Mit der erwähnten 'Sozialkorrektur' und 'Politisierung' des Privatrechts beginnen jedoch die Grenzen da zu verwischen, wo zwingendes Schuldvertragsrecht unter Bezugnahme auf Prinzipien, die sich nicht primär auf die Konstituierung der Marktwirtschaft ausrichten, in die Selbstorganisation

<sup>55</sup> Während der erste Entwurf noch ein solches Regel-Ausnahme-Schema vorsah, wurde dieses sodann durch die heutige Fassung ersetzt: vgl. Botschaft zum OR, BBl 1905 I 1, 13 f. und 82 sowie Bericht zum OR, BBl 1909 III 725, 762, jeweils zu Art. 1035; die französische Fassung blieb hingegen beim ersten Entwurf: "La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité."

<sup>56</sup> In diesem Sinne bereits J. UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Leipzig 1856, 53; E. EHRLICH, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Aalen 1970/1899, 1 f. und 9 ff. Die Unterscheidung von dispositivem und zwingendem Recht ist somit eine Unterscheidung des Rechtsgeschäfts.

<sup>57</sup> F. K. SAVIGNY (FN 18), Band I, 21 ff., vor allem 23; siehe hierzu J. RÜCKERT (FN 50), N 72 ff.

- korrigierend eingreift. Soweit jedoch zwingendes Schuldvertragsrecht das Ordnungsmuster der (nicht nur wirtschaftlichen, sondern allgemeiner: gesellschaftlichen) Selbstorganisation konstituiert und sichert, grenzt es sich vom öffentlichen Recht primär durch seine Funktion und seine Methode ab: Sicherung der gesellschaftskompatiblen<sup>58</sup> Selbstorganisation (d.h. die Erhaltung der freien Selbstorganisation unter Berücksichtigung der Umwelt des sich selbstorganisierenden Systems) durch Bereitstellung von Optionen (d.h. Anschluss der kompatibilisierenden und konstituierenden Auflagen an die Freiheit, von [1120] den schuldvertragsrechtlichen Strukturen Gebrauch zu machen).<sup>59</sup>
- Während die Konzeption des Schuldvertragsrechts seit dem Obligationenrecht von 1881 und entsprechenden vorangehenden kantonalen Kodifikationen eine weitgehende, auf den freien Markt ausgerichtete Inhaltsfreiheit vorsah, blieben Bereiche wie *Sachenrecht*, *Familienrecht* und *Erbrecht* in vielfältigen Vorgaben gefangen.<sup>60</sup> Zwar haben sich die Unterschiede seit dem Beginn der Intervention in den Schuldvertragsinhalt zum Ende des 19. Jahrhunderts und der Öffnung des Rechts gegenüber der zunehmend polykontexturalen<sup>61</sup> Gesellschaft im 20. Jahrhundert verringert, geblieben ist jedoch ein unterschiedlicher struktureller Ausgangspunkt.
  - *Prinzipielle Generalklauseln* wie die guten Sitten (Art. 19 Abs. 2 zweiter Teilsatz sowie Art. 20 Abs. 1 OR) und Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) sind im schweizerischen Privatrechtssystem nicht als solche zwingende Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts. Sie erlauben (wie im ursprünglichen wirtschaftsliberalen System) die flexible Berücksichtigung von Kontextvorgaben dadurch, dass entsprechend bezeichnete Lebensvorgänge nicht von der Institution Vertrag Gebrauch machen können (Ausschluss aus dem Vertragsrecht), ohne dass gleichzeitig eine konkrete, privatrechtlich formulierte Ersatzordnung vorgegeben sein müsste. Sie können zunächst lediglich Grund zu einem 'non licet' (durch die Nichtigkeit nach Art. 20 OR) geben oder zu einer Ergänzung durch dispositives Recht führen (Art. 19 Abs. 2 OR).<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> Zum Begriff der Kompatibilisierung vgl. bei FN 40.

<sup>59</sup> So zum Beispiel O. v. GIERKE (FN 42), 18 ff. und 28 ff.; P. LOTMAR (FN 42), 74 f.; E. HUBER (FN 11), Band IV, 299 f.; R. STAMMLER (FN 17), 55. Es ist darauf hinzuweisen, dass die bürgerlichen Kodifikationen jene Schuldvertragstypen zur privaten Ordnungsbildung bereitstellten, die den bürgerlichen freien Marktprozessen entsprachen. Darüber hinaus war bis zur Öffnung des Innominatvertrags durch das Bundesgericht in BGE 109 II 462 (1983) ausserhalb der Nominatvertragstypen – spitz formuliert – keine Freiheit zu haben: vgl. W. FELLMANN, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 394 OR, N 293 ff., m.w.H.

<sup>60</sup> F. K. SAVIGNY (FN 18), Band I, 370 f.; A. SCHNEIDER/H. FICK (FN 27), Ziff. 11-15 zu Art. 17 aOR, die alle familienrechtliche Sachverhalte betreffen; vgl. hierzu M. WEBER (FN 19), 411 f.

<sup>61</sup> Zum Begriff der polykontexturalen Gesellschaft siehe bei FN 70, 2

<sup>62</sup> Siehe oben bei FN 27 zu Art. 17 aOR.

### III. Zwingende Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR

1. Der historischen Kontext enthält – wie bislang ausgeführt wurde – den *Schlüssel zur Interpretation von Art. 19 und 20 OR*. Beide Normen entspringen einem je anderen Konzept, wie in die sich selbstorganisierende Wirtschaft (heute allgemeiner: die freie Systemorganisation) einzugreifen ist. Oder mit anderen Worten: Beide Normen verweisen auf ein je unterschiedliches Konzept, wie das Moment der strukturellen Kopplung<sup>63</sup> des Schuldvertragsrechts mit anderen Subsystemen rechtsintern ausgenutzt werden soll. Während insbesondere KRAMER die Meinung vertritt, bei der Revision des Obligationenrechts im Jahr 1911 sei bei der Übernahme von Art. 20 Abs. 1 OR aus dem alten Obligationenrecht (Art. 17 aOR) die Terminologie und Systematik nur schlecht mit dem neu dazugekommenen Art. 19 OR koordiniert worden<sup>64</sup>, wird in der vorliegenden Arbeit die Meinung vertreten, dass sich *die beiden Konzepte von Art. 19 und 20 OR nicht ausschliessen, sondern ergänzen*: Zum Konzept SAVIGNYS, in Ausnahmefällen ausserprivatrechtliche Vorgaben – interpretiert durch Gerichte – derart aufzunehmen, dass der entsprechende Vertrag ganz oder teilweise aus der Institution des Vertragsrechts ausgeschlossen, nicht aber der Vertragsinhalt durch Rechtsnormen verändert wird (vgl. Art. 20 OR, Art. 17 aOR), ist 1911 das Konzept eines innerprivatrechtlichen, d.h. nach privatrechtlicher Methode operierenden Korrekturmechanismus dazugekommen, der auf die Veränderung des Vertragsinhalts – vorgegeben vor allem durch Politik – zielt (Art. 19 Abs. 2 OR).

Einerseits geht es heute im Wesentlichen darum, das *Konzept des innerprivatrechtlichen Korrekturmechanismus* ernst zu nehmen. Es geht um die strukturelle Kopplung zur Politik mittels zwingenden Inhaltsbestimmungen und deren zentrale Funktionen der Konstituierung und Erhaltung von Selbststeuerung sowie der Kompatibilisierung mit anderen Handlungsbereichen.<sup>65</sup> Aus der historischen Perspektive ergibt sich, dass diese verstärkte Ausnutzung der strukturellen Kopplung mit Politik da nötig wird, wo die strukturelle Kopplung mit Wirtschaft durch Vertragsfreiheit ihre Funktion (und Versprechungen) nicht erfüllen kann.<sup>66</sup> Hieraus ergibt sich denn auch die Notwendigkeit des *gestaltenden Eingriffs in den Vertragsinhalt* unter Leitung einer ausserwirtschaftlichen Rationalität (Art. 19 Abs. 2 OR) – primär durch Politik, zudem jedoch vermehrt durch Recht selbst.<sup>67</sup>

Andererseits geht es gleichzeitig darum, das Schuldvertragsrecht für die *flexible Einschränkung und Anpassung der Selbstorganisation* offen zu halten. Es kann mittlerweile als allgemein anerkannt gelten, dass es der Politik heute zunehmend an Wissen und Flexibilität fehlt, um die sich radikalisierte gesellschaftliche Komplexität (vor allem durch den evolutorischen Charakter der Marktwirtschaft und durch die laufenden Technologisierungen) adäquat zu beobachten und rechtzeitig darauf zu reagieren, weshalb [1121] es vermehrt am Recht selbst liegt, die Selbst-

<sup>63</sup> Zum systemtheoretischen Begriff der strukturellen Kopplung siehe bei FN 20.

<sup>64</sup> E. KRAMER (FN 4), Art. 19-20 OR, N 4 f.

<sup>65</sup> Zum Begriff der Kompatibilisierung vgl. bei FN 40.

<sup>66</sup> Siehe oben bei FN 39.

<sup>67</sup> T. VESTING, Kein Anfang und kein Ende: Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, in: Jura (2001), 299-305, 304 f.; für vertiefte Ausführungen hierzu siehe A. ABEGG (FN 8), 131 ff.

steuerung (im Sinne einer Fremdbeobachtung der Rechtssystemumwelt) auf die sich schnell wandelnde Gesellschaft einzustellen.<sup>68</sup> Die frühere Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Ausschlüsse aus der Institution Vertrag unter Massgabe der Gerichte (Art. 17 aOR, Art. 20 OR) rückt damit zurück ins Blickfeld<sup>69</sup>, wobei allerdings betont werden muss, dass es nicht um die Ablösung der vornehmlich politisch aufgeladenen zwingenden Inhaltsnormen geht, sondern um eine Ergänzung unter Einbezug der bisherigen Vorgaben und Lernerfahrungen der Politik. Freilich kann es heute beim Ausschluss aus dem Vertragsrecht zum Beispiel nicht mehr um die Umsetzung der bürgerlichen (Familien-) Moral wie im frühen Wirtschaftsliberalismus gehen, sondern inhaltlich muss sich diese Schranke der Privatautonomie an der veränderten Struktur der Gesellschaft ausrichten. Diese kann heute als eine *polykontexturale Gesellschaft* in dem Sinne beschrieben werden, als sich verschiedenartig spezialisierte Handlungsbereiche entwickelt haben, die je einer eigenen Kontext-Rationalität folgen und nicht in die Bezüge anderer Handlungsbereiche eingebettet sind. Ein solch gleichzeitiges Nebeneinander verschiedener operativ selbständiger Handlungslogiken, die sich jedoch aufeinander beziehen und einlassen, ergeben eine Gesellschaft mit hoher struktureller Komplexität. Überblicksartig formuliert folgt etwa die wirtschaftliche Rationalität dem Profit als Leit-Rationalität, Politik bezieht sich auf die Rationalität des Machtgewinns während Wissenschaft nur an der Wahrheitssuche und Kunst nur am Schönen interessiert ist. Jede Kommunikation ereignet sich zugleich innerhalb von verschiedenen Kontexten und wird aufgrund der je eigenen Leitdifferenz verarbeitet. Eine Kommunikation wie zum Beispiel jene über neue Arbeitslosenzahlen ist somit zugleich wirtschaftseigene, rechtseigene und politikeigene Kommunikation.<sup>70</sup> Es geht somit darum, das Privatrecht auf die neuen sozialen Ausdifferenzierungen zu sensibilisieren und diese Ausdifferenzierungen gegen Überwältigungstendenzen abzusichern – zunächst durch Ausschluss entsprechender Gefahren aus dem Vertragsrecht, später jedoch mit zunehmender Lernerfahrung dank Folgenbeobachtung durch privatrechtliche Ausformulierung als zwingende Inhaltsnormen durch Gerichte und Politik.<sup>71</sup>

Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgende These für ein dogmatisches Konzept der Schranken des Schuldvertragsrechts:

<sup>68</sup> Es handelt sich hier um eine parallele Aufgabe des Gesetzgebers, der Gerichte und der Rechtslehre. Während die primäre Aufgabe einer solchen Beobachtung bisher beim Gesetzgeber lag, muss für die Zukunft von den Gerichten gefordert werden, einen Teil dieser Aufgabe zu übernehmen – unterstützt durch die Rechtslehre: vgl. hierzu G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989, 102.

<sup>69</sup> Siehe bei FN 28-30.

<sup>70</sup> Grundlegend hierzu G. GÜNTHER, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Hamburg 1976, Band II, 191 ff. und Band III, 183 ff., vor allem 196 ff.; ferner z.B. G. TEUBNER, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*, in: *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), 234-265, 234 ff., vor allem 241 ff.; M. AMSTUTZ, "Das Gesetz", in: P. GAUCH/P. PICHONNAZ (Hg.), *Rechtsfiguren: K(1)eine Festschrift für Pierre Tercier*, 155-165, Zürich 2003, 155 ff.

<sup>71</sup> D. HART (FN 25), 72; R. WIETHÖLTER, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*, in: *KJ* (1985), 126-139, 130 f.; G. TEUBNER (FN 70); G. TEUBNER, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken* (BVerfGE 89, 214 ff.), in: *KritV* 83 (2000), 388-404, 388 ff.

*Zwingende Inhaltsnormen wirken als unabänderliche Vorschriften des Privatrechts allein durch Art. 19 Abs. 2 OR, indem sie in positiver Weise den Vertragsinhalt gestalten und damit von Kontextvorgaben abzugrenzen sind, die zur Umsetzung den vollständigen oder teilweisen Ausschluss aus dem Vertragsrecht erfordern (Art. 20 OR) oder an das dispositive Privatrecht angeschlossen werden müssen (Art. 19 Abs. 2 OR, zweiter Teilgehalt).*

2. Dieses Konzept ist mit folgenden Überlegungen zu präzisieren:
  - a. Nach Art. 19 Abs. 2 OR dürfen Eigennormen, die positiv vertragsgestaltenden Gesetzesnormen entgegenstehen, (unter anderem) nicht gegen "unabänderliche Vorschriften" verstossen. Auf diese Weise gestalten unabänderliche Vorschriften im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR den Vertragsinhalt in direkter und positiver Weise, was der *privatrechtlichen Methode* entspricht: Um die dem Privatrecht vorbehaltene positiv vertragsgestaltende Wirkung zu erhalten<sup>72</sup>, muss eine Norm auf einen bestimmten Fallbereich begrenzt sein, welcher möglichst erschöpfend und klar festgelegt ist; die Parteien sollen in dieser Grundstruktur grundsätzlich frei sein, und wenn zwingende Inhaltsnormen die Parteien in ihrer Vertragsinhaltsfreiheit einschränken, sind diese doch – im Sinne einer *Option* – in der Entscheidung frei, ob sie von privatrechtlichen Strukturen Gebrauch machen wollen; es geht einerseits um den Wert planbarer Freiheit in einer polykontexturalen Gesellschaft, ermöglicht durch generell-abstrakte Grundsätze unter gesellschafts-kompatibilisierenden Auflagen.<sup>73</sup> Andererseits kann das Recht durch die Methode der Vermittlung von Freiheiten unter und durch Auflagen die Reaktion der Wirtschaft und der anderen sozialen Systeme beobachten und diese Beobachtung zur Anpassung der eigenen Strukturen umsetzen – zur Vermeidung von Übersetzungsfehlern<sup>74</sup> und zur besseren [1122] Ausrichtung des Rechts an die polykontexturale 'Gesellschaft des Rechts'.<sup>75</sup>
  - b. Folgt man der Meinung, Art. 20 OR sei auf zwingende Inhaltsnormen anzuwenden, muss die drohende *Rechtsfolge der (Ganz-) Nichtigkeit*<sup>76</sup> in dogmatischer Hinsicht korrigiert werden; durch eine teleologische Reduktion muss Art. 20 OR so ausgelegt werden, dass die erwähnten Rechtsfolgen nur soweit eintreten, als diese

<sup>72</sup> Vgl. bei FN 59. Siehe zudem zur historischen Entwicklung A. MENDER (FN 42), 174 ff.; O. v. GIERKE (FN 42), 18 ff.; E. EHRLICH (FN 56), 11 ff., vor allem 16, sowie 65; P. LOTMAR (FN 42), 125 ff.; R. STAMMLER (FN 17), 390 ff., 398 f. und 418.

<sup>73</sup> H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford 1999, 76 ff.; J. RÜCKERT (FN 50), N 1 ff. und 105 ff. Aus diesem Grund ergibt sich auch, dass sich das Privatrecht nicht unendlich ausdifferenzieren (materialisieren) kann, ohne einer Desintegration anheim zu fallen.

<sup>74</sup> Da die Politik mittels Recht im Wirtschaftssystem intervenieren will, müssen die Regulierungsbestrebungen von der Logik der Politik in jene des Rechts und schliesslich von der Logik des Rechts in jene der Wirtschaft übersetzt werden. Hier handelt sich der Interventionismus die Gefahr von Übersetzungsfehlern ein: G. TEUBNER (FN 7), 384 ff.; M. AMSTUTZ (FN 7), 43 ff. und 47 ff.; vgl. bereits M. WEBER (FN 19), 195 ff.

<sup>75</sup> G. TEUBNER (FN 68), 102.

<sup>76</sup> Der nichtige Vertrag gilt als unwirksam. Dies bedeutet vor allem zweierlei: 1. Verpflichtungen fallen als ungültig dahin und können nicht mehr gerichtlich durchgesetzt werden. 2. Verfügungen sind ohne gültigen Rechtsgrund erfolgt. Wurde bereits geleistet, so kann nach herrschender Lehre vindiziert (Art. 641 Abs 2 ZGB), auf Berichtigung des Grundbuchs geklagt werden (Art. 975 ZGB) oder die Rückerstattung aus ungerechtfertigter Leistung (Art. 62 OR) verlangt werden.



Sinn und Zweck der zwingenden Norm entsprechen.<sup>77</sup> Werden zwingende Inhaltsbestimmungen jedoch allein Art. 19 Abs. 2 OR zugeordnet, lässt sich dieses Resultat am Terminus "unabänderlich" anschliessen, verweist dieser doch auf die Eigenschaft der zwingenden Inhaltsnorm, von Beginn weg auf den Vertragsinhalt zu wirken.

c. *Ausserprivatrechtliche Vorgaben* sind nicht ohne weiteres an die privatrechtliche Struktur anschliessbar.<sup>78</sup> Während die vorwiegend politisch formulierten unabänderlichen Normen Kontextvorgaben sowohl im Tatbestand als auch in der Rechtsfolge als konkrete, auf bestimmte Fallbereiche eingegrenzte Normen erfassen müssen, können ausserprivatrechtliche Vorgaben auch durch die offene Struktur der Generalklauseln, die einen flexiblen Tatbestand zur Bestimmung der Kontextvorgaben durch das Gericht bereitstellen, ins Privatrecht aufgenommen werden.<sup>79</sup> Die Art. 19 und 20 OR sehen zwei Möglichkeiten vor, solchen ausserprivatrechtlichen Kontextvorgaben (als Grenze der Vertragsfreiheit) im Privatrecht Geltung zu verschaffen: erstens durch die Androhung der teilweisen oder vollständigen Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR, wobei sich jedoch das Privatrecht bei Teilnichtigkeit einen eigenen 'Notausstieg' mittels hypothetischem Parteiwillen (Art. 20 Abs. 2 OR) vorbehält, und zweitens durch Anschluss an den Vertragsinhalt, wie er durch die dispositiven Normen vorgegeben wird (Art. 19 Abs. 2 OR letzter Teilgehalt). Auf diese kunstvolle Weise erreicht das schweizerische Obligationenrecht zweierlei:

- *Erstens wird die privatrechtssystemeigene Ratio erhalten*, indem ausserprivatrechtlichen Vorgaben entweder nur ein kruder Eingriff ins Privatrecht erlaubt wird (Nichtigkeit und Teilnichtigkeit mit den entsprechenden Folgen (Art. 20 OR)<sup>80</sup>, aber keine vertragsinhaltsgestaltende Wirkung) oder indem aussersystemische Vorgaben an die privatrechtseigenen Strukturen angeschlossen werden (Ausgestaltung als unabänderliche Inhaltsnormen oder Anschluss an die dispositiven Normen: Art. 19 Abs. 2 OR). Diese Struktur bietet ausreichend Responsivität für neue Probleme, die an das Privatrecht herangetragen werden, ohne dass sogleich eine Reformulierung als privatrechtliche Inhaltsnorm nötig wäre – etwa weil die Entwicklungslinien des Problems oder die Lösungsansätze für das Problem noch nicht bekannt sind.<sup>81</sup> Hier bietet Art. 20 OR die Möglich-

<sup>77</sup> E. KRAMER (FN 4), Art. 19-20 OR, N 322 und 345; E. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, 127.

<sup>78</sup> R. WIETHÖLTER, "Materialization and Proceduralization in Modern Law", in: G. TEUBNER (Hg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, 221-249, Berlin 1982, 226 ff.; vgl. auch FN 7).

<sup>79</sup> Ausführlich zu Funktion und Wirkungsweise von Generalklauseln: G. TEUBNER, "§ 242 BGB, Grundsatz von Treu und Glauben", in: *Reihe Alternativkommentare; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 2; Allgemeines Schuldrecht*, 32-91, Neuwied 1980.

<sup>80</sup> Vgl. soeben FN 76.

<sup>81</sup> Bereits SCHNEIDER, Redaktor der Überarbeitung des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich (PBG), erlassen 1887, schrieb in seinem Vorwort zum revidierten PBG: "Seit seinem Erlass [d.h. dem Erlass von BLUNTSCHLI'S PBG von 1854-56] sind über 30 Jahre vergangen, und in unserer rasch vorwärts stürmenden Zeit haben diese drei Dezennien genügt, um auf manchen Gebieten des Privatrechts neue Ideen zur Geltung zu bringen. Bei den in ungeahnter Weise entwickelten Verkehrsmitteln [d.h. vor allem Schuldbriefe] legt die neu herangewachsene Generation grösseren Werth auf die Beweglichkeit des Verkehrs als auf die hergebrachten Ei-

keit eines 'non licet' bis auf weiteres, d.h. bis eine privatrechtsadäquate Lösung gefunden ist,<sup>82</sup> oder Art. 19 Abs. 2 OR die Möglichkeit eines Anschlusses an das privatrechtseigene dispositive Vertragsrecht.

- Zweitens kann das Privatrecht mittels Generalklauseln *aussersystemische Themen wie Sozialverträglichkeit* mit grosser Flexibilität und kurzer 'Reaktionszeit' ins Privatrecht einbeziehen, während zwingende Inhaltsnormen ihren Gehalt weitgehend aus dem perpetuierten, schwerfälligen und von Übersetzungsproblemen<sup>83</sup> bedrohten positiven Gesetzesrecht beziehen müssen.<sup>84</sup>

3. Für die *Integrität der privatrechtlichen Dogmatik*<sup>85</sup> muss es auch darum gehen, an die heute geltenden [1122] Gesetzesnormen von Art. 19 OR und Art. 20 OR anzuschliessen und eine sinnvolle und konsistente Auslegung zu ermitteln, welche die beiden Normen aufeinander abstimmt. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die vorstehende aus der Evolution des Privatrechts gewonnene Interpretation<sup>86</sup> an die grundlegenden Gesetzesnormen von Art. 19 und 20 OR anschliessen vermag:

a. Beide Normen stehen unter der *Marginalie* "E. Inhalt des Vertrages." Die untergeordnete Marginalienebene stellt Art. 19 OR unter den Titel "I. Bestimmung des Inhaltes" (respektive "Objet du contract" und "Oggetto del contratto"), Art. 20 OR dagegen unter "II. Nichtigkeit". Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 OR umschreibt die Vertragsfreiheit in positiver Weise: "Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden." Der *Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 OR* bezieht sich auf Abs. 1, indem er sich mit der negativen Seite der Vertragsfreiheit befasst. Damit bewegt sich Abs. 2 ganz im Bereich des Privatrechts: "Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz [d.h. die Normen des Privatrechts] nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst."<sup>87</sup>

Während Art. 20 Abs. 1 OR die Widerrechtlichkeit<sup>88</sup> des Vertragsinhaltes sanktioniert, bestimmt der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 OR, dass Parteienvereinbarungen nur unter bestimmten Voraussetzungen von den "gesetzlichen Vorschriften" abweichen dürfen. Das heisst, dass die Eigennorm einerseits keiner unabänder-

---

genthümlichkeiten heimischen Rechts.": A. SCHNEIDER, "Vorwort zum Privatrechtlichem Gesetzbuch für den Kanton Zürich", in: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 5-25, Zürich 1888, 7; nur wenig später E. HUBER (FN 11), Band IV, 212 und 299 ff.; siehe zudem oben bei FN 11.

<sup>82</sup> Diesen Weg ging die deutsche Rechtsprechung mit den Familienbürgschaften: Vom 'non licet' in BVerfGE 89, 214 (1993) bis zur konkreten Ausformulierung der Erfordernisse in BGH NJW 2002, 2705 vergingen etwa neun Jahre.

<sup>83</sup> Siehe bei FN 74.

<sup>84</sup> G. TEUBNER (FN 79), N 5; H. COLLINS (FN 73), 46 ff.

<sup>85</sup> Diese Integrität des Rechtssystems folgt einerseits daraus, dass sich Recht auf die Gesellschaft vor allem fallbezogen ausrichtet und andererseits daraus, dass Neues an das vorhandene kohärente System anschliesst. Siehe hierzu bereits M. WEBER (FN 19), 181.

<sup>86</sup> Oben Kap. I.

<sup>87</sup> Zum Ganzen siehe vor allem bei FN 42.

<sup>88</sup> "Illicite", respektive "contraria alle leggi".

lichen Vorschrift der gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen darf; andererseits darf die Abweichung von einer gesetzlichen Vorschrift nicht gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen. Folgendes deutet darauf hin, dass hier mit "gesetzlichen Vorschriften" die vertragsgestaltenden Normen (als des Privatrechts) gemeint sind, mithin in erster Linie die Normen des Obligationenrechts und der entsprechenden Nebenerlasse:

- Im letzten Teilgehalt von Art. 19 Abs. 2 OR wird vorausgesetzt, dass eine Abweichung von gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich möglich ist. Dies, solange nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit verstossen wird. Somit ist hier das dispositive Privatrecht gemeint.
- Besteht eine unabänderliche Vorschrift zur Bestimmung des Vertragsinhaltes, ist eine Parteienvereinbarung, die von dieser gesetzlichen Vorschrift abweicht, nicht "zulässig". Die unabänderliche Inhaltsvorschrift des Gesetzes gilt auch bei fehlender oder entgegenstehender Eigennorm. Der unabänderlichen Inhaltsvorschrift kommt somit positiv vertragsgestaltende Wirkung zu, was ganz der privatrechtlichen Methode entspricht.<sup>89</sup>

b. Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 OR nimmt den Terminus der "unabänderlichen Vorschriften" nicht auf. Dagegen wird im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 OR der Ausdruck des "widerrechtlichen Inhalts" verwendet, welcher – auch dies ein Unterschied zu Art. 19 Abs. 2 OR – mit der Nichtigkeit bedroht wird. Die unabänderlichen, d.h. zwingenden Inhaltsbestimmungen sind jedoch von Anfang an Vertragsinhalt (die Parteien konnten sie von Beginn weg nicht abändern), womit die 'Widerrechtlichkeit' des Vertrages bei einer zusammenfassenden Interpretation von Art. 19 und 20 OR eine widersprüchliche Konnotation erhält. Der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 OR spricht in diesem Sinne gegen die Einbeziehung der zwingenden Inhaltsnormen. Als nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR könnte somit einzig noch jener Teil der Parteiabrede bezeichnet werden, der einer zwingenden Inhaltsnorm entgegensteht. Die Unwirksamkeit dieser Eigennormen folgt jedoch – wie erwähnt – bereits aus Art. 19 Abs. 2 OR. Sie noch zusätzlich aus Art. 20 Abs. 1 OR für nichtig zu erklären, ist überflüssig.

4. Somit ergibt sich als *Fazit*, dass Art. 19 Abs. 2 OR ganz im Sinne der privatrechtlichen Methode, wie sie seit der Sozialisierung (HUBER)<sup>90</sup> des Privatrechts herrscht, darauf zielt, den Inhalt des Vertrages zu bestimmen.<sup>91</sup>

a. Dies geschieht in Bezug auf die zwingenden Inhaltsnormen – gewissermassen durch einen Automatismus – in zweierlei Hinsicht:

- Zum Ersten verweist Art. 19 Abs. 2 OR auf die Frage, *ob eine bestimmte Eigennorm "zulässig" ist*. Weicht eine Eigennorm von einer zwingenden Inhaltsnorm oder von den in Abs. 2 genannten Generalklauseln ab, ist sie 'unzulässig' und kann von Beginn weg keinerlei Wirkung auf den Vertragsinhalt entfalten. Eine entsprechende Eigennorm als 'nichtig' zu bezeichnen, ist insofern nicht falsch, als sie keine Wirkung erlangt. Der Gesetzestext einzelner Inhaltsnormen benutzt in

<sup>89</sup> Siehe bei FN 59 und FN 72.

<sup>90</sup> E. HUBER (FN 11), Band IV, 299 f.

<sup>91</sup> Vgl. bei FN 56 und nachfolgend.

diesem Zusammenhang oft die Termini nichtig und ungültig.<sup>92</sup> Einer zusätzlichen Nichtigkeitserklärung der abweichenden Eigennorm nach Art. 20 Abs. 1 OR bedarf es hier jedoch nicht. Dasselbe Resultat kann bereits mit Art. 19 Abs. 2 OR aus der 'Unzulässigkeit abweichender Abreden' und der 'Unabänderlichkeit' der zwingenden Inhaltsnorm gewonnen werden.<sup>93</sup>

- [1124] Zum Zweiten setzt Art. 19 Abs. 2 OR fest, *dass bei einer abweichenden Abrede die privatrechtlich vorgegebene Ordnung zur Anwendung kommt*: entweder die zwingenden Inhaltsnormen oder die dispositiven Normen bei einem Verstoß gegen die im Abs. 2 genannten Generalklauseln.
- b. In der *Anwendung der unabänderlichen Normen* kann zudem Folgendes unterschieden werden: Zum Ersten bringen sie ihren Inhalt auf einen Vertrag zu Anwendung (Inhaltsgestaltung). Zum Zweiten ist dieser Inhalt zwingend, d.h. eine davon abweichende Eigennorm kann die unabänderliche Norm nicht verdrängen, sondern sie ist unzulässig und entfällt (zwingender Charakter).
- c. Aus dieser Interpretation lassen sich zahlreiche umstrittene Frage rund um Art. 19 und 20 OR neu angehen. Zu lösen sind insbesondere folgende Fragen: Kann sich eine Partei, die gegen eine zwingende Inhaltsnorm verstossen hat, darauf berufen, der Vertrag wäre nicht abgeschlossen worden, wenn dieser Mangel den Parteien bekannt gewesen wäre?<sup>94</sup> Und wie verhält es sich zudem mit 'übermässigen' Verpflichtungen und deren 'Reduktion'?<sup>95</sup>

## IV. Fazit

1. Aus den verschiedenen historischen Schichten zwingenden Rechts einerseits und aus der zunehmenden Ausdifferenzierung und Polykontexturalisierung der Gesellschaft<sup>96</sup> andererseits ergeben sich vielfältige Anforderungen an die *Rechtsfolgen des zwingenden Schuldvertragsrechts*, was sich in besonderem Mass an der Dogmatik der Art. 19 und 20 OR materialisiert. Zu suchen ist heute ein System der Rechtsfolgen des zwingenden Schuldvertragsrechts, das an die innerprivatrechtliche Struktur anschliessen kann, ohne diese durch die Aufnahme fremder Inhalte zu gefährden, und das gleichzeitig die Responsivität gegenüber den verschiedenen ausserrechtli-

<sup>92</sup> Es sind dies neben anderen Art. 100 Ab1 und 2, 256, 267 Ab2, 273c, 288, 317, 325 Ab2, 327a und 344 Ab4 OR. Vgl. auch Art. 87 Ab1 SVG und Art. 5 BG über Rahmenmietverträge.

<sup>93</sup> So auch E. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil., Zürich 1988, 218; H. GIGER, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge: Ein Beitrag zur Lehre über das Sanktionensystem im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1989, 79 und 85, für den jedoch Art. 20 OR ein Auffangtatbestand bleibt; G. PETIT-PIERRE (FN 3), 74 ff.; a.M.: A. VON TUHR/H. PETER (FN 4), 225 und 253; R. AESCHLIMANN (FN 4), S., 25 ff.; R. HÜRLIMANN (FN 4), N 129 ff.; E. KRAMER (FN 4), Art. 19-20 OR, N 128; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID (FN 4), N 655 und N 645 f.; T. GUHL/A. KOLLER (FN 4), § 7 N 21.

<sup>94</sup> Gestalten die Parteien den Vertragsinhalt in besonderer Weise aus, um zwingende Inhaltsnormen zu umgehen, so spricht man von Gesetzesumgehung. Dies ist eine Frage des Anwendungsbereiches der zwingenden Norm, welcher solche Gesetzesumgehungen direkt erfasst oder aber analog anzuwenden ist.

<sup>95</sup> Zu diesen Fragen siehe meine Ausführungen in A. ABEGG (FN 8).

<sup>96</sup> Zum Begriff der polykontexturalen Gesellschaft siehe oben bei FN 61.

chen Kontextvorgaben erhält und auf deren Besonderheiten Rücksicht nehmen kann.<sup>97</sup>

2. Die in diesen Ausführungen vorgeschlagene Einordnung der Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen in Art. 19 Abs. 2 OR wird vor allem mit einer historisch evolutionären Perspektive gewonnen.<sup>98</sup>

a. Der junge Nationalstaat ab 1848 war zunächst nicht bereit und auch nicht legitimiert, ins Schuldvertragssystem und damit in die *neu konstituierte freie Marktwirtschaft* einzugreifen. Gesellschaftsorientierte Korrekturen sollten durch öffentlich-rechtliche Massnahmen erfolgen, nicht aber durch Eingriffe in die Vertragsinhalte, welche bereits durch den freien Willen der Parteien legitimiert waren. Nach der Konstituierung des freien Marktes hatten sich der Staat und die Politik aus der wirtschaftlichen Selbstorganisation zurückzuziehen. Der Mechanismus des freien Marktes sollte – so die reine Lehre in nuce – die politische Vertragsinhaltskontrolle ersetzen und eine sichere und zukunftsorientierte Planung der Produktionsmittel ermöglichen und umsetzen. Während das Wirtschaftsrecht durch die Institution Vertrag in fast ausschliesslicher Weise an die Struktur der Ökonomie koppelte, wurden dagegen kaum ausserwirtschaftliche Einflüsse auf den Schuldvertragsinhalt zugelassen; allenfalls wurden mit den in Art. 17 aOR genannten guten Sitten und der Widerrechtlichkeit bestimmte Lebensvorgänge, welche vor allem gegen die bürgerliche (Familien-) Moral verstiesen oder die freie Marktwirtschaft in Frage stellten, von der Institution des Vertrages ausgeschlossen.<sup>99</sup>

b. Nach der grossen Wirtschaftskrise ab 1873 wurden die ökonomisch-liberalen Versprechungen (vor allem Wachstum, Vollbeschäftigung und Stabilität) zunehmend in Frage gestellt. Wie erwähnt fiel in der Folge die wirtschaftliche Steuerung zum Teil an den Gesetzgeber, d.h. vor allem: die Politik, zurück, welche nun *die Versprechen des freien Marktes unter anderem mit (Wirtschafts-) Recht und insbesondere durch Intervention in den Vertragsinhalt einzulösen versuchte*. Neben die immer noch weit reichende Selbstdeterminierung der Wirtschaft trat somit die Aufgabe der Politik, unter anderem durch Auflagen im Bereich des Schuldvertragsinhalts Wirtschaft als freie Ordnungsbildung zu erhalten und mit anderen Gesellschaftsbereichen zu kompatibilisieren.<sup>100</sup> Erst im Zuge dieser vor allem seit der Revision des Obligationenrechts 1905-1911 *innerprivatrechtlichen, d.h. vor allem vertragsinhaltlichen Materialisierung des Obligationenrechts* durch zwingende Inhaltsnormen war die Frage aufgetaucht, wann eine Norm des Schuldvertragsrechts als zwingend und wann sie als dispositiv auszulegen sei. Damit, dass das Privatrecht neben der strukturellen Kopplung zur Wirtschaft eine alternative strukturelle Kopplungen zur Politik verstärkte, stellte sich die Frage, welchem gekoppeltem System bei der rechtlichen Rekonstruktion des Vertragsinhalts im Einzelnen der Vorzug zu gewähren sei. Diese Frage wurde nun mit dem neuen Art. 19 OR beantwortet, während der alte Art. 17 zum Ausschluss aus dem Vertragsrecht leicht modifiziert zu Art. 20 OR wurde. Folglich befassen sich Art. 19 und 20 OR bis heute je mit zwei verschiedenen Schichten zwingenden Privatrechts.

---

<sup>97</sup> Kap. I.

<sup>98</sup> Kap. II; vgl. zudem bei FN 71 f.

<sup>99</sup> Vgl. bei FN 14 ff.

<sup>100</sup> Vgl. bei FN 38 ff.

3. Auf diesem evolutorischen Verständnis gründet die in der vorliegenden Arbeit *vorgeschlagene Auslegung von Art. 19 und 20 OR*, nämlich dass zwingende Inhaltsnormen als 'unabänderliche Vorschriften' des Privatrechts allein [1125] durch Art. 19 Abs. 2 OR wirken, indem sie den Vertragsinhalt bei fehlender wie auch entgegenstehender Parteiabrede gestalten und damit von den in Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR genannten Generalklauseln abzugrenzen sind, die als Rechtsfolge den vollständigen oder teilweisen Ausschluss aus dem Vertragsrecht erfordern (Art. 20 OR) oder für die Inhaltsgestaltung an das dispositive Privatrecht angeschlossen werden müssen (Art. 19 Abs. 2 OR, zweiter Teilgehalt).<sup>101</sup>

Für die zwingenden Inhaltsnormen ist bei der Rechtsfolge zudem Folgendes zu unterscheiden: Zwingende Inhaltsnormen sind in dem Sinne unabänderlich (Art. 19 Abs. 2 OR), als sie erstens die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien in Bezug auf die vereinbarten Leistungen beeinflussen (*Inhaltsnormen*) und zweitens derart wirken, dass der vorgegebene Inhalt auch ohne oder gegen den erklärten Willen der Vertragsparteien vertragsgestaltend angewendet werden muss (*zwingender Charakter*). Eine Vertragsabrede, die gegen eine zwingende Inhaltsnorm verstösst, erlangt keine Wirkung (*Unzulässigkeit*).<sup>102</sup>

Da die zwingenden Inhaltsnormen als spezifische evolutorische Schicht des zwingenden Privatrechts – wie in dieser Arbeit vorgeschlagen – allein in Art. 19 Abs. 2 OR geregelt sind, ist Art. 20 OR, der sich mit einer anderen Art zwingenden Privatrechts befasst, nicht auf zwingende Inhaltsnormen anwendbar. Dies hat meines Erachtens<sup>103</sup> vor allem folgende *Auswirkungen*:

- Eine Eigennorm, die wegen eines Verstosses gegen eine zwingende Inhaltsnorm unzulässig ist, wird durch die zwingende Inhaltsregelung verdrängt, ohne dass zu berücksichtigen ist, ob der Vertrag ohne die nichtige Abrede geschlossen worden wäre (*Ganznichtigkeit nach hypothetischem Parteiwillen; Art. 20 Abs. 2 OR*).
- Da die zwingende Inhaltsbestimmung eine Ersatzregel vorsieht, welche die entgegenstehende Eigennorm von Beginn weg verdrängt, kommt auch die *erweiterte oder modifizierte Teilnichtigkeit* nach hypothetischem Parteiwillen nicht zur Anwendung.
- *Bei unvollständigen zwingenden Inhaltsnormen*, die im Wortlaut keine Vertragsinhaltsregelung als Rechtsfolge vorsehen, muss die Rechtsfolge aus der jeweiligen zwingenden Norm gewonnen werden. Eine Modifikation nach hypothetischem Parteiwillen oder nach dem Marktüblichen ist abzulehnen. Während aus der entsprechenden Auslegung *zwingender Inhaltsnormen, bei denen die Kompatibilisierungsfunktion nicht in den Vordergrund tritt, in der Regel eine Reduktion auf das gerade noch zulässige Mass erfolgt*, steht bei *zwingenden Inhaltsnormen mit starker Kompatibilisierungsfunktion* dagegen oft ein pönales und generalpräventives Element im Vordergrund, so dass die unzulässige Eigennorm ganz entfallen oder zumindest unter das gerade noch Zulässige reduziert werden muss (vgl. nun Art. 15 und 32 KKG).

<sup>101</sup> Vgl. bei FN 71.

<sup>102</sup> Vgl. bei FN 92.

<sup>103</sup> Vgl. meine Ausführungen in A. ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts - ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich 2004, 199 ff.

## **Zusammenfassung**

Die Art. 19 und 20 OR stehen heute im Zentrum zahlreicher praktischer rechtsdogmatischer Probleme, die im Zusammenhang mit dem Paradox der "Vertragsfreiheit innerhalb der Schranken des Rechts" stehen. Der vorliegende Text untersucht diese praktischen Probleme aus dem Blickwinkel der zwingenden Inhaltsnormen, die nach Ansicht des Autors allein in Art. 19 Abs. 2 OR erfasst werden. Der Autor stützt sich dabei auf rechtsdogmatische, rechtshistorische und rechtstheoretische Überlegungen.